Die Begriffsgrenze zwischen Besitzdiener und Besitzmittler

(§§ 855 u. 868 BGB)

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau, vorgelegt von

Walter Zirpins

Breslau 1927

Druck Dr. Hermann Eschenhagen, Ohlau / Kommandit-Gesellschaft

Gedruckt mit Genehmigung
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter:
Geheim. Justizrat Univ.-Prof. Dr. Alfred Manigk

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Disposition

Die Hilfspersonen im Besitz
A. Terminologie des Besitzdieners und Besitzmittlers 9
B. Voraussetzungen der §§ 855 und 868
I. Ausübung der tatsächlichen Gewalt 11
II. Das „ähnliche Verhältnis“ 15
a) des § 855
1. Begriff
2. Einfluss des Raumes
3. Aeusserl. Erkennbarkeit
4. Einfluss der Zeit
5. Momentane Detentionen v. Iherings
b) des § 868
III. Das Willensmoment 21
C. Rechtliche Wirkungen der fragl. Verhältnisse. Wesen und Rechtsstellung der Besitzhelfer 25
D. Ergebnis und Nutzanwendung auf besonders strittige Fälle . 29
E. Schluss: Die Besitzhelfer und der Gewahrsaminhaber des Strafrechtes 34

Literaturverzeichnis

Achilles: BGB. mit Anmerkungen. 10. Aufl. 1922.
Biermann, Das Sachenrecht. 2. Aufl. 1903.
Bekker: in v. Iherings Jahrb. Bd. 34.
Binder: zitiert bei Heß: Die Rechtsstellung des Erben. Leipzig 1901.
Baron: in Ihg. Jahrb. Bd. 29.
Cosack: Lehrbuch d. dtsch. bürg. Rechts. 1900. Bd. 2.
Crome: System des dtsch. bürg. Rechts. Bd. 3. 1905.
Cosmann: Das Wesen des Besitzdieners (§ 855 BGB.) mit Berücksichtigung seiner Rechtsstellung. Diss. Leipzig 08.
Dernburg: Bürgerl. Recht. 3. Bd. 2. Aufl. 1901.
Dernburg: Pandekten. 3. Aufl. 1. Bd. 1892.
Endemann: Lehrbuch des bürg. Rechts. Bd. 2. 8. Aufl. 1905.
Eger: Vertretung beim Eigentumserwerb beweglicher Sachen. Diss. Gießen 1900.
Förtsch: in Gruchots Beiträgen. 43. Jahrg.
Fleck: im Archiv für bürg. Recht. Bd. 15, S. 337 ff.
Falkmann/Mugdan: Rechtsprechung der OLG.
Goldschmidt: Studien zum Besitzrecht 1889, zitiert bei Sprenger. Diss. Rostock 1902.
Goldmann/Lilienthal: das bürg. Gesetzbuch. 1905. Sachenrecht.
Gärtner: in Studien zur Erläuterung des bürg. Rechts, herausgegeb. von Leonhard 1901, Heft 4.
Gierke: der Entwurf eines BGB. und das dtsch. Recht. Leipzig 1889.
Hess: Der Besitzdiener des § 855 BGB. Diss. Jena 1904.
Heinrichs: Besitzerwerb und Besitzerhaltung durch Stellvertreter. Diss. Rostock 1900.
v. Ihering: Der Besitzwille. Jena 1889.
v. Iherings Jahrbücher Bd. 29, 34, 38, 44, für die Dogmatik d. Rechts.
Isay: Die Geschäftsführung nach dem Bürgerl. Gesetzbuche für das Deutsche Reich. 1900.
Juristische Wochenschrift.

Kniep: Der Besitz des BGB. Jena 1900, gegenübergestellt dem röm. und gem. Recht.
Kämmerer: Zulässigkeit einer Stellvertretung beim Besitzerwerb. Halle 1908.
Leonhard, Franz: Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.
v. Liszt: Lehrbuch des Strafrechts. 12. und 13. Aufl.
Lohmeyer: in der Dtsch. Juristen-Zeitung, 12. Jahrg. 1904, S. 594 ff.
Lehmann: Das bürg. Recht. Bd. 2. 2. Aufl. 1901.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach d. Bürgerl. Gesetzbuch. — Ein System der juristischen Handlungen. Berlin 07.
Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. (Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft) in Leonhards Studien zur Erläuterung des bürg. Rechts. Breslau 1901.
Mugdan: gesamte Materialien z. Bürgerl. Gesetzbuch 1899, III. Bd. 502 ff.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches 1896.
Mundscheid: Stellvertretung im Besitzerwerb. Diss. Leipzig 1901.
Matthiass: Lehrbuch d. bürg. Rechts Bd. 2. 3. Aufl. 1900.
Oppenheim: Begriff und Stellung des Besitzdieners. Diss. Jena 1900.
Oppenhof/Delius: Das Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich. Berlin 1901.
OLG.: Die Rechtsprechung der OLG. (Falkmann-Mugdan).
Planck: Das Bürgerl. Gesetzbuch Bd. 3. 3. Aufl. Berlin 1906 und neueste Aufl. v. Strohal 1915.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerl. Gesetzbuches. 1899.
Pape: Die Besitzhelfer im Sinne der §§ 855/868, ihre gemeinsamen und unterscheidenden Merkmale. Diss. Leipzig 1916.
Rhode: Studien im Besitzrecht, Bd. 19/21. Düsseldorf 1907/1909.
RG. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RStG. dto. in Strafsachen.
Rotering: in Hirths Annalen Bd. 38: Inkongruenz des ziv. und strafr. Besitzes.
Rotering: im Archiv f. bürg. Recht, Bd. 27. 1903.
Regelsberger: in v. Iherings Jahrb. Bd. 44.
v. Renesse: Das Zurückbehaltungsrecht und sein Verhältnis zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Diss. Leipzig 1906.
Rümelin: Das Handeln in fremdem Namen. Archiv f. zivil. Praxis. Bd. 93.
Siméon: Lehrbuch des Bürgerl. Gesetzbuches, Bd. 2, Sachenrecht
Sprenger: Der Besitzdiener. Diss. Rostock 02.
R. Schmidt: Der Einfluß des bürg. Gesetzbuches auf das Strafrecht in der Dtsch. Jur.-Ztg. Bd. 5, S. 146 ff.

Schwarz: Strafrecht und Strafprozeß. Berlin 1919.
Schlegelberger: Das Zurückbehaltungsrecht. 1904.
Staudinger: Kommentar z. Bürgerl. Gesetzb. III. Bd. Sachenrecht v. Kober 1903, 2. Aufl.
Strohal: in Iherings Jahrb. Bd. 29 zum Besitzrecht des Entwurfes eines BGB.
Strohal: in Iherings Jahrb. Bd. 38: Der Sachenbesitz nach dem BGB.
Thoma: Die Bedeutung des Besitzwillens im Besitzrecht des BGB, Diss. Freiburg 1900.
Trendelenburg: Der Besitzerwerb durch Stellvertreter. Diss. Gießen 1904.
Wendt: im Archiv f. d. zivil. Praxis. Bd. 87, S. 40. 1897.
Windscheid/Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 1906.
Wolff: in Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch d. bürg. Rechts 1923. Bd. 2.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548211_0309

Die Hilfspersonen im Besitz.

A.

Terminologie des Besitzdieners und Besitzmittlers.

Das Bürgerliche Gesetzbuch verwendet den Ausdruck „Besitz" in doppeltem Sinne: Einmal bezeichnet es damit die possessorisch geschützte tatsächliche Gewaltausübung, weiterhin aber auch das durch einen solchen Tatbestand geschaffene Rechtsverhältnis einer Person zu einer Sache. „So wenig man Ursache und Wirkung verwechseln darf, darf man Besitz als Rechtsverhältnis und tatsächliches Haben verwechseln."[1]

Die tatsächliche Gewalt kann man selbst ausüben oder aber durch eine Hilfsperson ausüben lassen. Man ist im Leben des öfteren nicht imstande, sich einer Leistung oder Anforderung in eigener Person zu entledigen, und daher gezwungen, fremde Personen mit der Erfüllung dieser Verbindlichkeiten zu betrauen.

Diese Hilfeleistung kann nun in rein tatsächlichen, rein faktischen Handdiensten bestehen, — die betreffende Person ist für uns nur der verlängerte Arm oder der Bote, der lediglich unseren Willen verwirklicht, — sie kann aber auch eine juristische Mitwirkung sein.

Entsprechende Fälle beim Besitz, in denen sich der Besitzer, ohne den Besitz zu verlieren, eines Helfers bedient, in dessen Händen sich die Sache befindet, kennt auch das BGB.

Der Besitzer kann seinen Besitz ausüben:

entweder

a) selbst,

oder

b) durch eine solche Hilfsperson,

1. die lediglich als ausführendes Organ fungiert (§ 855),
2. oder aber für sich selber die Mitherrschaft über die Sache beansprucht, also nicht bloßes Ausführungsorgan, sondern nebenbei auch Besitzer ist (§ 868).

Dadurch ist die Möglichkeit geschaffen, die Bewirtschaftung, Verwaltung oder Nutznießung einer Sache einem andern („Mittler") zu überlassen, ohne die Herrschaft darüber, den Besitz an der Sache, zu verlieren.

---

1) Manigk, Wi. Seite 691.

In dem Falle a und b 1 spricht man dann bei dem primären Inhaber der tatsächlichen Gewalt von unmittelbarem, im Falle b 2 von mittelbarem Besitz. Ein treffendes Beispiel hierfür bietet Cosack:[1]

„Ein Gutsherr, der eines seiner Güter selbst bewirtschaftet, ein anderes durch einen Angestellten „administrieren" läßt, das dritte endlich einem Pächter übergeben hat, ist bezüglich der beiden ersten Güter unmittelbarer, bezüglich des dritten Gutes mittelbarer Besitzer."

Eine Sache kann also sehr wohl ausschließlich in unmittelbarem, nicht aber ausschließlich in mittelbarem Besitz stehen. Letzterer setzt als Grundlage einen unmittelbaren Besitz, d. i. der Besitz desjenigen, auf dessen Stellvertretung die Herrschaft des mittelbaren Besitzers beruht, voraus; im Falle b 2 hat die Hilfsperson unmittelbaren Besitz.

Man hat den beiden Gruppen (b 1, 2) von „Besitzhelfern"[2] verschiedene Bezeichnungen beigelegt.

Für die Personen des b 1, deren Stellung im § 855 BGB. geregelt ist, hat das Gesetz keinen besonderen technischen Ausdruck aufgestellt. Es sind daher von den einzelnen Autoren verschiedene Bezeichnungen eingeführt worden.

Der von Dernburg[3] vorgeschlagene Ausdruck „Besitzgehilfe" ist aus leicht ersichtlichen Gründen unbrauchbar. Ebenso ist die Bezeichnung Endemanns[4] „Besitzhalter" abzulehnen, denn die Besitzhelfer des § 855 sind keineswegs „Halter" des Besitzes, vielmehr üben sie nur die tatsächliche Gewalt für einen anderen aus.

Den meisten Anklang hat der von Bekker[5] zuerst in Vorschlag gebrachte Ausdruck „Besitzdiener" gefunden. Zutreffender erscheint allerdings die Bezeichnung Strohals[6] „unselbständiger Besitzer", die den die tatsächliche Gewalt Ausübenden nicht schlechtweg zum Diener herabdrückt, wie die Bezeichnung Bekkers vermuten läßt, sondern ihn nur unselbständig in der Verfügung über die Sache macht, das selbständige Verfügungsrecht aber beim Besitzherrn beläßt.[7]

Immerhin ist die Bezeichnung „Besitzdiener" mit dem Vorzug der Priorität ausgestattet und im Interesse einer festen Terminologie zu akzeptieren.[8]

Die Besitzhelfer des § 868 BGB. werden, da sie dem Besitzherrn den Besitz vermitteln, allgemein „Besitzmittler" genannt. Nebenbei findet sich auch der Ausdruck „unmittelbarer Besitzer". Dieser

---

1) Cosack S. 62.
2) Bezeichnung von Staudinger § 855, Manigk (S. 656 Wi.) nennt den Besitzhelfer „Mittelsmann".
3) Dernburg § 15.
4) Endemann S. 167.
5) Bekker in Jherg. Jhb. 34, 42.
6) Strohal in Jherg. Jhb. 38, 1.
7) derselbe S. 6.
8) Sprenger S. 12 Anmerkung 5.

paßt aber ebenfalls auf den Besitzherrn des § 855, ferner bringt er nicht zum Ausdruck, daß hinter dem Besitzer des § 868 noch ein anderer Besitzer steht. Der Gesetzgeber ist es uns aber nicht nur schuldig geblieben, die Besitzhelfer mit einem Namen auszustatten, wir vermissen auch eine in sich abgeschlossene Begriffsbestimmung dieser Personen in Form einer Legaldefinition sowie eine Klärung der Frage einer Abgrenzung des Besitzdieners gegenüber dem Besitzmittler.

Es sind lediglich die naheliegendsten Fälle „Haushalt und Erwerbsgeschäft" in § 855 und „Nießbraucher, Pfandgläubiger, Verwahrer, Mieter" in § 868 aufgeführt, im übrigen ist es einer vernünftigen Interpretation anheimgestellt, für die richtige Anwendung der beiden §§ Sorge zu tragen. Im einzelnen ist es aber schwer, die Grenze zu finden, welche Personengruppen des vielgestalteten Lebens unter den einen oder den anderen § einzureihen sind.

Um diese entscheidende Grenze zu ziehen, müssen wir die Erfordernisse, die jeder § für seinen Personenkreis aufstellt, durchgehen und zusehen, ob und inwiefern diese sich decken, resp. auseinandergehen.

B.

Voraussetzungen der §§ 855 und 868.

I. Ausübung der tatsächlichen Gewalt.

Aus der Fassung der §§ 854 und 855 ergibt sich zunächst das Merkmal der tatsächlichen Gewalt. Was darunter zu verstehen ist, sagt der Gesetzgeber nicht. Der Begriff ist der gemeinrechtlichen Detention entlehnt und soll dem „corpus" entsprechen. Diese beiden Begriffe zu identifizieren, dürfte jedoch nicht richtig sein. Unter „corpus" versteht man nach v. Savignys Auffassung „die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar einzuwirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen."[1]

Windscheid[2] will diesen Zusatz „und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen" gestrichen wissen, aber auch nach dieser Definition entspricht das corpus nicht den Zwecken und Ideen des Besitzes. Wolff[3] sagt hierzu mit Recht: „Man darf nicht mit v. Savigny die Fähigkeit des Sachherrn verlangen, Einwirkungen Fremder von der Sache fernzuhalten; auch wer hierzu unfähig ist, besitzt, solange kein erfolgreicher Angriff geschieht. Man darf auch nicht mit Windscheid

1) Savigny, Recht des Besitzes S. 210.
2) Windscheid, Pandekten Bd. 1 § 153. Anm. 4.
3) Wolff S. 16.

die Fähigkeit fordern, auf die Sache nach Belieben einzuwirken, da dem Einwirkungsbelieben oft durch die Natur der Sache oder durch räumliche Entfernung Schranken gezogen sind, die eine Sachherrschaft nicht hindern." So hat der Gutsherr Besitz an seinem Wald, Weideland usw, mag sein Besitz auch stundenweit von seinem Gut entfernt sein, nicht aber (rein physisch gefaßt) die tatsächliche Gewalt an ihnen, während er sich beispielsweise zu Hause aufhält oder auf Reisen ist, und so gibt es noch zahlreiche weitere Fälle, bei denen von einem unmittelbaren physischen Einwirken auf die Sache wegen ihrer Entfernung vom Besitzherrn gar keine Rede sein kann, ohne daß dieser aber nach der Verkehrsauffassung seinen Besitz einbüßt.

Auch der Besitzherr des § 855 hat als Alleinbesitzer (cf. den Schluß des Paragraphen) die mit dem Besitz nach § 854 untrennbar verbundene tatsächliche Gewalt.[1] Da er diese nun durch einen anderen ausüben läßt, kann auch bei ihm sehr oft von einer rein physischen oder räumlichen Gewalt nicht gesprochen werden.

Es ergibt sich, daß es sicher verfehlt ist, den Begriff der tatsächlichen Gewalt sprachlich streng richtig auslegen zu wollen, man wird vielmehr nach der Verkehrsauffassung beurteilen müssen, ob das tatsächliche Verhältnis einer Person zu einer Sache tatsächliche Gewalt ist.[2] Eine derartige Auffassung erstreben auch die Protokolle,[3] am korrektesten gefaßt, fixiert Goldschmidt[4] den Charakter des Gewaltbegriffs als „sozialen".

Da die tatsächliche Sachherrschaft normaler Besitztatbestand ist, haben auch die Personen des § 868 als Besitzer eine tatsächliche Gewalt über die ihnen vom mittelbaren Besitzer übergebenen Sachen, desgl. ist sie dem mittelbaren Besitzer selbst, seiner Anerkennung als Besitzer entsprechend, zuzubilligen, wenn gleich zugegeben werden muß, daß diese dem unmittelbaren Besitzer gegenüber nur einen sehr geringen Umfang haben kann.

Es fragt sich, ob auch der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt hat. Eine Reihe von Schriftstellern verneint dies und ist der Ansicht, daß der § 855 nur eine Erläuterung des § 854 gebe.[5] Andere meinen dagegen, daß dem Besitzdiener tatsächliche Gewalt zuzuerkennen und in § 855 eine positive Ausnahme des § 854 zu erblicken sei;[6]

---

1) Ebenso Simeon S. 534, Thoma S. 50, Endemann S. 131, Planck Bem. 1 zu § 855 und Sprenger S. 16 (die Beweisführung des letzteren durch Interpretation der §§ 855 und 856 ist m. E. unnötig, da § 855 selbst den Besitzherrn die tatsächliche Gewalt zuschreibt. Anders Rhode, S. 2, der nur dem die Gewalt Ausübenden die tatsächliche Gewalt zuerkennt, im Widerspruch dazu aber einige Seiten später auch dem Besitzherrn die tatsächliche Gewalt und zwar in mittelbarer Form zubilligt.

2) Wolff S. 16.

3) Protokolle S. 3334.

4) Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht (1888).

5) Endemann S. 131, Simeon S. 534, Planck Bem. 1 zu § 855.

6) Cosack S. 61, Biermann Bem. 1. z. § 855 Förtsch S. 548.

diesen Ansichten steht eine dritte entgegen.[1] Der Besitzdiener übe sie neben dem Besitzherrn und zwar in Unterordnung unter dessen tatsächliche Gewalt aus. Der tatsächlichen Gewalt des Besitzdieners sind die Wirkungen entzogen, während die des Herrn ihre normalen Wirkungen habe.[2] Oppenheim[3] versucht dies an dem Beispiel der Hausfrau, die mit ihrem Dienstmädchen zusammen in der Küche kocht, zu erläutern; „hier übt die Hausfrau natürlich die Gewalt über die in der Küche befindlichen Sachen aus, desgl. das Dienstmädchen." Letzteres hätte eine rein physische Gewalt, der Hausfrau komme die soziale Gewalt zu. Diese Anschauung ist zweifellos verfehlt; denn damit wird in zwei unmittelbar aufeinander folgenden Gesetzesbestimmungen (§§ 854, 855) demselben Ausdruck je ein verschiedener Sinn unterlegt. Cosack[4] geht hierin übrigens noch weiter und wählt sogar zwei ganz besondere Ausdrücke: „tatsächliche Gewalt" und „tatsächliche Herrschaft."

Man muß vielmehr Crome[5] zustimmen, der in einem ähnlichen Beispiel sagt: „Das Dienstpersonal, das in meiner Wohnung mit meinen Sachen hantiert, hat sie wohl in der Hand, aber daran keine tatsächliche Macht. Letztere verbleibt mir." Die Köchin übt lediglich die äußeren Funktionen der tatsächlichen Gewalt aus und hat dabei den Weisungen der Herrin unbedingt zu folgen.

Einen Eigenwillen darf sie hinsichtlich der Verfügung oder des Gebrauchs gar nicht betätigen,[6] sofern dies nicht im Rahmen des ihr zugewiesenen Geschäftskreises und damit des Willens der Hausfrau liegt. Dieser gegenüber hat sie bezüglich der Sache kein Recht, ihre Stellung ist vielmehr recht unselbständig. Es kann also von einer Sachherrschaft, die ja stets den Begriff einer Selbständigkeit in sich schließt, von einem „Haben" der tatsächlichen Gewalt bei ihr gar keine Rede sein; § 855 spricht vielmehr dem Besitzdiener nur das „Ausüben" der tatsächlichen Gewalt zu, und zwar übt letzterer nicht eine ihm selbst zustehende, sondern die Gewalt des anderen aus.[7]

Unerheblich ist bei der Ausübung der tatsächlichen Gewalt ein Interesse des Besitzdieners.[8] Gewöhnlich wird er ein solches nicht haben, es kann mitunter (wie z. B. bei einem Studenten bezüglich der

---

1) Hess S. 29, Oppenheim S. 18, Sprenger S. 16.

2) Hess S. 30.

3) Oppenheim S. 18.

4) Cosack S. 61: „BGB §§ 854, 856 bezeichnen als Grundlage des Besitzes die tatsächliche „Gewalt", nicht die tatsächliche „Herrschaft" über die Sache. Ich weiche absichtlich von der Terminologie ab, denn tatsächliche Gewalt, kann wie § 855 selbst zugibt, nicht blos dem Herrn, sondern auch dem Diener zustehen, und nicht die Gewalt, sondern die Herrschaft ist für den Besitz charakteristisch.

5) Crome, Band 3 S. 25 Anm. 18.

6) Bekker in Ihrg. Jahrb. 34, 44.

7) Achilles Vorbem. zu § 855, Staudinger S. 14 zu § 855.

8) Beispiele cf. Strohal i. Ihring. Jhb. 29,357.

im Lesesaal benutzten Bücher) aber doch vorhanden sein. Abzulehnen ist hier Pape,[1] der hinsichtlich dieses Interesses, das er aus den Worten des § 855 „Ausübung für einen anderen" konstruiert, die Besitzhelfer einander gegenüberstellt und anscheinend ein weiteres Kriterium findet.

Die Ausdrücke „für einen anderen" und „im Interesse eines anderen" gar zu identifizieren,[2] ist offenbar eine falsche Auslegung. Wie oben nachgewiesen, soll durch die Worte „für einen anderen" zunächst die wirtschaftliche Unselbständigkeit des Besitzdieners gekennzeichnet werden. Weiterhin betonen sie in Verbindung mit dem übrigen Gesetzestext die Zugehörigkeit der Sache zu dem Geschäftskreis des Besitzherrn, in dessen Rahmen nur dem Besitzdiener die Ausübung der tatsächlichen Gewalt gewährt wird. In dieser Hinsicht betrachtet, wird auch die Beurteilung gewisser Erscheinungsformen des täglichen Lebens, die man als Fälle der momentanen Detentionen[3] bezeichnet, verständlich: z. B. A. nimmt Einsicht in das bei dem Zigarrenhändler X. ausliegende Adreßbuch, B. bittet seinen Nachbar um den Theaterzettel, C. benützt beim Besuch seines Freundes dessen Fremdenzimmer.[4]

In allen diesen Fällen liegt nämlich nicht, wie es auf den ersten Blick scheinen will, und auch angenommen wird,[5] Besitz, sondern Besitzdienerschaft vor, wie unten, bei Besprechung der Abhängigkeit noch ausgeführt werden soll.

Im Gegensatz zu der Unselbständigkeit des Besitzdieners steht die wirtschaftliche Selbständigkeit des Besitzmittlers. Dieser kann nach Gutdünken und Ermessen über die ihm vom mittelbaren Besitzer übergebene Sache verfügen; ihm ist nicht nur das „Ausüben" im Dienste der Wirtschaft des Besitzherrn, sondern zugleich das „Haben" der tatsächlichen Gewalt zuzusprechen, er besitzt zu „eigenem Gebrauch und Nutzen". (Strohal.)

Hauptfälle des Besitzmittlungsverhältnisses sind außer den in § 868 genannten:

Leihe (OLG. Falkmann-Mugdan, Rechtsprechung der OLG. 2,80; cf. auch jur. Wochenschrift 1910, S. 706), Frachtführer (§ 440 HGB.), Commissionär (§ 397 HGB.), Lagerhalter (§ 421 HGB.), Abzahlungskauf (Wolff S. 24), der Inhaber

1) Pape S. 43.

2) Oppenheim S. 23/27 u. Sprenger S. 45.

3) v. Ihering Besitzwille S. 512.

4) cf. die Beispiele Endemanns § 33, 2 u. Strohals in Ihg. Jhb. 38, 10.

5) so Eger, Vertretung beim Eigentumserwerb; wie hier: Endemann S. 134, Kniep S. 36, Strohal in Sachbesitz S. 12.

Dageg. Oppenheim S. 29, Sprenger S. 65, die im Anschluß an v. Ihering (Besitzwille S. 155) die strittige Frage dahin entscheiden, daß bei unentgeltlicher Ueberlassung Besitzdienerschaft, bei entgeltlicher Besitz vorliegen soll.

Biermann Anm. 2a. zu S. 55 und Leonhard S. 65 wollen weder Besitz noch Besitzdienerschaft annehmen, da der momentane Detentor nicht die tatsächl. Gewalt ausübe

der elterlichen Gewalt an den seiner Nutzung unterliegenden Sachen des Kindes (§§ 1649, 1686 BGB.), fiduziarische Uebereignung (hier ist der Treunehmer der Besitzmittler des Treugebers — Jur. Woch. 1912, 144 —, da er zwar nach außen Eigentumsrechte, im Verhältnis zum Treugeber aber zu beschränktem Recht besitzt — Wolff S. 24, Anmerkung 10), ferner die „Verwaltungsbesitzer": z. B. Verwahrer, Vormund, Pfleger, Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter, über deren Stellung im übrigen später noch ausführlich zu sprechen ist.

II. Das „ähnliche" Verhältnis.

Die unselbständige Stellung einer Person zu einer Sache, die Ausübung der tatsächlichen Gewalt für einen anderen, genügt aber allein noch nicht, um ihr den Charakter der Besitzdienerschaft zu geben; vielmehr steht mit ihr im engsten Zusammenhang ein Verhältnis der Abhängigkeit, „vermöge dessen der Besitzdiener des § 855 den sich auf die Sache beziehenden Weisungen eines anderen Folge zu leisten verpflichtet ist."

Um dieses Abhängigkeitsverhältnis zu charakterisieren, geht das Gesetz von den Fällen des täglichen Lebens aus und unterscheidet:

a) Personen, die im Haushalt oder
b) im Erwerbsgeschäft eines anderen tätig sind,
c) Personen, die in einem ähnlichen Verhältnisse stehen, vermöge dessen sie den Weisungen des Besitzherrn Folge zu leisten haben.

a) Zu bemerken ist hier, daß Haushalt nicht mit Hausstand (§§ 1618, 1619 BGB.) identifiziert werden kann. Der Besitzdiener braucht weder dem Hausstande des Besitzherrn anzugehören (Biermann S. 10), noch mit ihm die häusliche Gemeinschaft (§ 2038 BGB.) zu teilen. Auch solche Personen, die nur vorübergehend im Haushalt tätig sind, wie die Aufwartefrau, Wäscherin, sind als Besitzdiener anzusehen. Auch Familienangehörige können Besitzdiener sein, z. B. stets die Kinder hinsichtlich des Eigentums ihrer Eltern. Besitzer sind sie hinsichtlich der ihnen überlassenen Kleider, Spielsachen, Sparbücher usw., da hier das Abhängigkeitsverhältnis nicht auf Grund der Innehabung, sondern Ausfluß der elterlichen Gewalt ist.

Die Stellung der Frau im Haushalt ist, den verschiedenen Güterrechtssystemen entsprechend, verschieden zu beurteilen. Meistens ist der Hausherr auch Besitzherr, die Frau nur Besitzdiener.[1] Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft ist sie ebenfalls Besitzherr, desgl. bei der gesetzlichen Gütergemeinschaft hinsichtlich des Vorbehaltsguts, hier kann sogar umgekehrt der Mann zur Frau im Besitzdienerverhältnis stehen, während die Frau bezüglich des der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterliegenden eingebrachten Gutes mittelbarer,

1) cf. z. B. RG. 51, 23.

ihr Mann unmittelbarer Besitzer ist; ähnlich ist die Frau bei der Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft dem Manne bald als Besitzherr koordiniert, bald als Besitzdiener subordiniert.

b) Unter „Erwerbsgeschäft" ist nach Planck[1] nicht eine auf bestimmte Räume beschränktes Gewerbe, sondern jede regelmäßig auf Erwerb gerichtete Tätigkeit zu verstehen, mag sie in dem Betrieb eines Handwerkers, eines industriellen Unternehmens, des Handels, der Landwirtschaft oder eines künstlerischen und wissenschaftlichen Berufes bestehen.

So sind Dienstboten, Knechte und Mägde, Angestellte, Arbeiter und Gehilfen, kraft ihrer Stellung Besitzdiener an den ihnen innerhalb ihres Wirkungskreises anvertrauten Sachen, da sie über diese nie eine eigene, sondern nur die Gewalt ihres Herrn ausüben dürfen.

Die mehr oder minder große „Selbständigkeit" im Beruf spielt dabei keine Rolle, die Geschäftsführer, Werkmeister, Prokuristen, Direktoren, sind genau so Besitzdiener, wie die sonstigen Angestellten und Lehrlinge; ihren Wert behält sie höchstens für das Strafrecht, wie unten noch entwickelt werden soll.

Voraussetzung ist natürlich, wie bereits betont, die Zugehörigkeit der Sache zu dem Geschäftskreis des Besitzherrn. Bezüglich der Eigensachen ist der Besitzdiener rechtlich kein solcher, sondern Besitzer z. B. das Dienstpersonal an seiner Wäsche, Kleidung und Papieren, der Soldat an seiner Extra-Uniform, Uhr usw., wenngleich sich diese Gegenstände in Räumen befinden können, auf die sich die Verfügungsgewalt des Besitzherrn mit erstreckt; ein Abhängigkeitsverhältnis liegt hier nicht vor. Hinsichtlich der Dienstuniform des Kassenboten, Kutschers oder Hausdieners, die gewöhnlich im Eigentum des Herrn steht, ist Besitzdienerschaft natürlich gegeben.

c) § 855 erwähnt Haushalt und Erwerbsgeschäft nicht nur als Beispiele für die Besitzdienerschaft, er will damit auch den Typus der „ähnlichen Verhältnisse" kennzeichnen, auf die er im übrigen verweist und es der Auslegung überläßt, wie weit dieser Kreis der Besitzdiener zu ziehen ist.[2]

Nicht, daß der die Gewalt Ausübende dem anderen gegenüber verpflichtet ist, dessen Befehle auszuführen, soll das Ausschlaggebende sein, es muß vor allem ein dem Verhältnis zwischen Prin-

1) Planck Bem. 2 zu § 855, Motive Bd. I, 142.

2) Darüber herrschen lebhafte Meinungsverschiedenheiten. So verlangen z. B. Binder (S. 57 Anm. 76), Frank (S. 32) und Gärtner (S. 140) sowie Hess (S. 38) ein Rechtsverhältnis zwischen Besitzdiener und Besitzherrn, Siméon ein Abhängigkeitsverhältnis, das durch die geistige Beherrschung des Besitzdieners durch den Besitzherrn erzeugt wird. (S. 534). Dernburg (S. 49) u. Isay S. 285 ein tatsächliches, äußerlich erkennbares Verhältnis, Bekker (S. 41) ein Verhältnis, bei dem der Besitzdiener den ihm gegebenen Weisungen sofort Folge zu leisten habe,

Leonhard (S. 60), Eger (S. 18) und Mundscheid (S. 37/38) ein sich aus dem Befehlsrecht des Besitzherrn und der Gehorsamspflicht des Besitzdieners ergebendes und

Biermann (Bem. 2a zu § 855) Endemann § 33 unter 2), Planck Bem. 2 zu 855 S. 36) und Strohal (a. a. O. S. 8) ein rein tatsächliches Abhängigkeitsverhältnis.

zipal und Gehilfen, Herrn und Diener usw. entsprechendes absolutes Abhängigkeitsverhältnis vorliegen.

Dieses wird in der Regel auf einem Dienstverhältnis, wie z. B. beim Dienstpersonal, Arbeiter, Kutscher, Chauffeur, Verwalter, beruhen, notwendige Voraussetzungen für die persönlichen Beziehungen zwischen Besitzherrn und Besitzdiener ist dies jedoch nicht. Das Abhängigkeitsverhältnis kann seinen Entstehungsgrund in einem dienstlichen, aber auch freundschaftlichen oder verwandtschaftlichen Verhältnis haben. Auch die im Haushalt oder Erwerbsgeschäft tätigen Familienangehörigen oder auch Bekannte, die hier nur aus Gefälligkeit helfen, sind Besitzdiener.

Auf die Art der Abhängigkeit kommt es garnicht an. Bald tritt sie eben in tatsächlichem, bald in rechtlichem Gewande auf. In ihren Wirkungen auf die Stellung des Besitzdieners bleibt sie sich aber immer gleich.

Um ein Merkmal zu finden, an dem man in jedem konkreten Falle, mag die äußere Form des Abhängigkeitsverhältnisses auch noch so verschieden gestaltet sein, das Vorliegen eines Besitzdienerverhältnisses erkennen kann, ist auf das persönlich zwischen Besitzdiener und Besitzmittler bestehende Abhängigkeitsverhältnis zurückzugehen und zu prüfen, aus welchem Gesichtspunkt sich das Befehlsrecht des Besitzherrn und die Gehorsamspflicht des Besitzdieners ergibt.

Dabei darf die in der Praxis eingeführte Bezeichnung „Diener" nicht zu dem Trugschluß verleiten, daß nur sozial niedrig gestellte Personen als Besitzdiener in Frage kommen; die Beschaffenheit der zu leistenden Dienste oder die soziale Stellung des „Dieners" ist für das Vorhandensein der Besitzdienerschaft gar nicht maßgebend.

Hält man hieran fest, so ergibt sich bei Betrachtung der mannigfachen Erscheinungen des täglichen Lebens, daß der Besitzdiener teils durch Pflicht, teils durch Rücksichten des Anstandes und der guten Sitte den sich auf die Sachen beziehenden Weisungen des Besitzherrn sofort Folge zu leisten verbunden ist. Nach der tatsächlichen Auffassung des Lebens setzt das Besitzdienerverhältnis also ein Verhältnis tatsächlicher Unterordnung, die auf der gesellschaftlichen und sozialen Ordnung beruht, ein soziales Abhängigkeitsverhältnis voraus, kraft dessen der Besitzherr die tatsächliche Gewalt über die Sache durch den Besitzdiener als sein Werkzeug ausübt.[1]

Selbstverständlich schließt eine räumliche Trennung das Besitzdienerverhältnis nicht aus.[2] (Anders im Strafrecht![3]) Wo wäre sonst die Grenze zu ziehen? Ob der Besitzdiener unter unmittelbarer

1) RG 71, 248; u. 94, 342 ferner Endemann § 33,2 sowie Leonhard S. 62 und Strohal in Ihg. Jhb. 38,8
2) RG 71, 252 u. Wolff S. 19.
3) vergl. Schluß der Arbeit.

Aufsicht oder in Abwesenheit des Besitzherrn die tatsächliche Gewalt ausübt, kann in ihrem Verhältnisse zu einander nichts ändern.[1]

Pape[2] verlangt hier aber wenigstens „eine sich aus den äußeren Umständen ergebende Erkennbarkeit für die Fortdauer der tatsächlichen Gewalt schon mit Rücksicht auf eine bessere Abgrenzung gegen die Fälle des § 868", dies ist aber abzulehnen: Nicht das Auftreten nach außen, die Offenkundigkeit, sondern lediglich das innere Verhältnis zwischen Besitzdiener und Besitzherrn ist entscheidend.

Wenn auch in vielen Fällen eine gewisse, sich aus den äußeren Umständen ergebende Erkennbarkeit zuzugeben ist, so liegt diese bei vielen anderen Fällen wieder nicht vor, z. B. wird man dem auf dem Felde pflügenden Knecht seine Besitzdienereigenschaft ebensowenig ansehen, wie umgekehrt, etwa der Autoselbstfahrer zum bloßen Chauffeur gestempelt werden könnte. Auch Wolff[3] wendet sich hiergegen: „Gleichgültig ist, ob das Abhängigkeitsverhältnis leicht ersichtlich (Dienstbote) oder nach außen unkenntlich ist, wie bei manchem Filialvorstand oder beim Ehemann, der im Geschäft der Frau mithilft, und der manchem als Geschäftsherr erscheinen mag."

Natürlich ist die Erkennbarkeit häufig geeignet, die Besitzdienereigenschaft nach außen hin hervortreten zu lassen; sie ist aber nur eine evtl. wertvolle Begleiterscheinung, kein Wesensmoment.

Gleichgültig ist ferner die Zeitdauer des Abhängigkeitsverhältnisses: Der Eintagsdienst des Ersatzgehilfen, der Wartefrau ist ebenfalls Besitzdienst.[4]

Auch die bereits erwähnten Fälle der momentanen Detentionen v. Iherings sind dem § 855 zuzurechnen. Daß die Worte „für einen anderen" nicht mit „im Interesse eines anderen" ausgelegt werden können, sondern nichts anderes bedeuten, als daß der Besitzdiener nicht eine ihm zustehende Gewalt, sondern die eines anderen ausübt, ist früher bereits klargelegt worden. Auch die erforderliche Abhängigkeit ist in derartigen Beziehungen zu erkennen. Sie zeigt sich darin, daß jemand nur ganz vorübergehend, innerhalb bestimmter Schranken und nur unter den Augen des Besitzherrn die Ausübung der tatsächlichen Gewalt gestattet ist.[5]

Läßt A. seinen Nachbarn B. in den Theaterzettel einsehen, so stellt sich dieser Vorgang lediglich als juristisch bedeutungsloser, ein beliebiges Widerrufsrecht in sich schließender Gefälligkeitsakt des geselligen Lebens dar und gewährt nur vorübergehende Gestattung. „Solche Gebrauchsüberlassungen sind nicht negotia, sondern officia,

---

1) cf. auch die früheren Ausführungen über den „sozialen" Charakter der tatsächlichen Gewalt.

2) Pape S. 9 im Anschluß an Strohal in Ihg. Jhb. 38 S. 9.

3) Wolff S. 19.

4) RG. in Jur. Wochenschrift 08, 527.

5) Strohal Sachbesitz S. 12.

nicht Rechtsgeschäfte, sondern Gefälligkeiten, und die Anrufung der richterlichen oder polizeilichen Behörde ist hier von vornherein ausgeschlossen, die Anwendung der Eigenmacht ist das allein sachgemäße."[1]

Ein Aufschluß darüber, ob momentane Besitzdienerschaft, oder Besitz vorliegt, kann mitunter die Unentgeltlichkeit der Dienstleistungen geben, man darf aber nicht wie v. Ihering[2] darin ein Kriterium der momentanen Detention sehen. Streitig ist die Stellung des Gastes im Restaurant. Ist dieser hinsichtlich des Services, Bestecks, der ausliegenden Zeitungen Besitzdiener? Planck[3] räumt hier der Entgeltlichkeit einen Einfluß ein und sagt, durch den in der Bestellung und deren Annahme liegenden Vertrag habe der Gast ein Recht auf die Benutzung des Tellers während der zum Essen erforderlichen Zeit und übe die ihm auf Grund des Vertrages eingeräumte Gewalt über die Geräte in Ausübung eines Rechts für sich, nicht für den Wirt. Anders bezüglich der Zeitung, bei der ein Besitzdienerverhältnis vorvorliege. Aehnlich nimmt Staudinger[4] an, daß der Gast im Privathaushalt[5] als Besitzdiener, im Gasthause als Besitzmittler aufzufassen sei. Die Entgeltlichkeit ist aber nur ein evtl. Erkennungsmittel, kein entscheidendes Moment, das geeignet wäre, eine Umwandlung von Besitzdienerschaft zum Besitz zu vollziehen.

Weder auf das Aufsichtsrecht des Wirtes noch auf die Abhängigkeit des Gastes übt sie einen Einfluß aus. Es liegt auch hier ein Verhältnis tatsächlicher Unterordnung des Inhabers unter den Besitzer vor, dergestalt, daß „wofern der Inhaber den Weisungen des Besitzherrn nicht Folge leistet, dieser nach der Verkehrsanschauung selbst handelnd eingreifen kann, um seinen Willen durchzusetzen."[6]

Dieses Verhältnis sozialer Abhängung und Unterordnung charakterisiert, wie wir gesehen haben, das Besitzdienerverhältnis des § 855, es unterscheidet es aber auch von dem Verhältnis des § 868.

Das Gesetz gibt hier ebenfalls keine erschöpfende Definition des Besitzmittlers, es hebt nur ein Merkmal, nämlich die Tatsache, daß der Besitzmittler dem mittelbaren Besitzer gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, hervor und verweist im übrigen wie im § 855 auf „ähnliche Verhältnisse", die es an Beispielen erläutert.

Die Besitzmittlung ist also zunächst stets, wie dies ja schon aus der Natur der gegenseitigen Beziehungen der Parteien (Miete, Pfand,

1) Baron in Ihg. Jhb. 29, 242
v. Jhering, Besitzwille S. 517 ff.
2) v. Jhering a. a. O. S. 155 im Anschluß an ihn Oppenheim S. 29 und Sprenger S. 85.
3) Planck Anm. zu § 855.
4) Staudinger S. 10.
5) ebenso Pape S. 10.
6) Strohal Ihg. Ihb. 38, 9.

Pacht, Verwahrung!) folgt, als ein vorübergehendes Verhältnis gedacht. Ohne zeitliche Begrenzung besitzt eben nur der Eigenbesitzer. Ein solcher wird für den unmittelbaren Besitzer des § 868 aber nicht gefordert, dieser soll ja vielmehr als Fremdbesitzer, als Mittler für den anderen unter einem gegenseitigen Verhältnis bestimmter Art besitzen. Nebensächlich ist es, ob die Zeit bestimmt oder unbestimmt ist (RG. 90, 219), wenn nur der Besitz als etwas Vorübergehendes in Anspruch genommen wird.

Der Besitzmittler soll nun als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem „ähnlichen" Verhältnis besitzen. Auch hier ist wieder wie im § 855 ein Erfordernis zu ermitteln, durch das die Aehnlichkeit mit den erwähnten Tatbeständen des § 868 hergestellt wird.

Einen Anhalt geben die vom Gesetz angeführten Beispiele der Besitzmittlerschaft: Uebereinstimmend findet man dingliche und obligatorische Rechtsverhältnisse zwischen unmittelbarem und mittelbarem Besitzer als causa für den mittelbaren Besitz; eine tatsächliche Beziehung wie im § 855, genügt also nicht; entsprechend verlangt das RG. für die Beziehung zwischen Besitzmittler und mittelbarem Besitzer (RG. 49, 173 und 54, 398), „daß durch ein konkret bestimmtes obligatorisches oder infolge von Bestellung eines dinglichen Rechtes an der Sache entstandenes dingliches Rechtsverhältnis eine Nutzungs- oder Verwaltungspflicht des sein Recht zum Besitze von dem anderen ableitenden unmittelbaren Besitzers begründet sei."

Ein solcher Schluß aus den vom Gesetz erwähnten Beispielen nur obligatorischer und dinglicher Rechtsverhältnisse auf den möglichen Inhalt der geforderten Verhältnisse ist jedoch nicht gerechtfertigt. Diese Ansicht ist zu eng gefaßt und widerspricht der Rechtsnatur des mittelbaren Besitzes; so sind zweifellos auch Rechtsverhältnisse des Familien- und Erbrechts — das Verhältnis zwischen Vormund und Mündel, Ehegatten beim gesetzlichen Güterrecht, zwischen Zwangsverwalter und Eigentümer — hierzu zu rechnen.[1]

Die herrschende Meinung erkennt als Träger des Besitzmittlungsverhältnisses jedes konkret bestimmte Rechtsverhältnis zwischen Besitzmittler und mittelbarem Besitzer an, vermöge dessen jener diesem gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist,[2] mag es auf Vertrag, Gesetz oder richterlicher Anordnung beruhen.

In dem Herausgabe-Anspruch (§ 870 BGB.) des mittelbaren Besitzers ein Kriterium finden zu wollen, ist offenbar verfehlt.[3] Man kann unmöglich sagen, daß der Eigentümer, der früher den Besitz

1) Pape S. 30 u. 48.
2) Strohal, Sachbesitz S. 20 und Staudinger / Kober § 868,3.
3) Strohal, Sachbesitz S. 19.

der Sache hatte, auf Grund des Rückgabeanspruches mittelbarer Besitzer wird, sondern man muß umgekehrt feststellen, daß der Herausgabeanspruch sich stets auf das oben erläuterte, kausale Rechtsverhältnis stützt, für den Begriff des mittelbaren Besitzes also nicht genügt.

III. Das Willensmoment.

Zu prüfen wäre noch, inwiefern auch innere Momente, insbesondere ein bestimmter Besitzwille, als Abgrenzungsmerkmal in Betracht kommen können. Vor Beantwortung dieser Frage muß hier kurz auf das Willensmoment beim Besitz überhaupt sowohl bei seiner Erlangung, wie auch bei der Ausübung eingegangen werden.

Nach römischem und gemeinem Rechte genügte zum Besitzerwerb nicht, daß man die Sache in seine Gewalt brachte (corpus), es war auch ein speziell auf den Erwerb der Sache gerichteter Willensakt (Apprehensionsakt) erforderlich. Bezüglich dieses Willens (animus) standen sich zwei Theorien — die Subjektivitätstheorie von v. Savigny (animus domini) und die von v. Ihering ausgebildete Objektivitätstheorie (vom „abstrakten Willen") gegenüber.

v. Iherings und Gierkes Schriften[1] ist es vor allem zu danken, daß das berühmte Dogma von v. Savigny, das fast in allen Gesetzbüchern des 19. Jahrhunderts Eingang gefunden hatte (Stobbe § 75), aus dem praktischen Rechtsleben wieder beseitigt worden ist. Aber auch schon vor v. Ihering hatte sich die deutsche Partikulargesetzgebung von der romanistischen Auffassung weit entfernt, so läßt z. B. das preuß. ALR. (I 7,1 und 4,3) zum Besitz den animus rem sibi habendi genügen: jeder, der eine Sache im eigenen Interesse haben will, wird Besitzer, so der Mieter, Pächter, Pfandgläubiger, Nießbraucher.

Im Gegensatz zu dem bisherigen Besitzrecht steht die Besitzlehre des BGB., die den animus als selbständiges Begriffsmerkmal überhaupt entfernt hat. Nach § 854 ist Besitzer, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt hat. Ob er die Sache für sich oder einen anderen besitzen will, ist rechtlich unerheblich. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß ein Wille überhaupt überflüssig sei.[2]

Es gibt nämlich Fälle, bei denen sich die tatsächliche Gewalt noch nicht aus dem räumlichen Verhältnis ergibt und deshalb ein entsprechender Wille hinzukommen muß. Dieser ist dann nie ein selbständiges, der tatsächlichen Gewalt koordiniertes Moment, sondern nur eine (aber eben nicht immer erforderliche) Voraussetzung

1) v. Ihering Besitzwille und Gierke, der Entwurf eines BGB und das deutsche Recht, Leipzig 1889.

2) Gegen einen solchen Schluß spricht schon die Entstehungsgeschichte der Rechtsnormen des BGB über den Besitzerwerb. Protokoll Band 3 S. 3385 ff.

der tatsächlichen Gewalt,[1] und es ist aus diesem Grunde nicht erforderlich, daß er im Sinne einer rechtserheblichen Willenserklärung von Wirksamkeit sei. Es kann sich nicht um jenen eigenartigen Willen, wie ihn das römische Recht aufstellte, handeln,[2] vielmehr genügt der bloße psychologische Wille, Herr der Sache zu sein.

Dies ist auch beim deriativen Besitzerwerb der Fall. Hier können sowohl der Wille des Erwerbers,wie der des Vorbesitzers eine Rolle spielen, der erstere deshalb, weil ohne ihn häufig das nach § 854 I. statuierte Gewaltverhältnis nicht entstehen kann, von letzterem hängt die Frage ab, ob fehlerloser oder fehlerhafter Besitz im Sinne der §§ 858 bis 862 erworben ist.

In keinem Falle aber ist dieser Wille rechtsgeschäftlicher Natur,[3] er bezieht sich vielmehr nur auf ein Faktum, das tatsächliche Haben. „Die Parteien brauchen nur das Faktum zu wollen, daß nämlich die tatsächliche Gewalt auf den Erwerber übergehen soll. An die Rechtsfolgen brauchen sie nicht zu denken, sie brauchen auch den von ihnen beiden gewollten Erfolg gar nicht als einen rechtlichen anzustreben. Die Rechtsfolge, nämlich der Erwerb des Besitzrechts, tritt dann gemäß § 854, Abs. 1, ex lege ein."[4]

Wenn die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt ist, so ist damit auch das Besitzrecht erworben. Zum Erwerb fehlerlosen Besitzes genügt, daß er mit dem Willen des Vorbesitzers geschieht. „Dieser auf das Faktum des Herrschaftsüberganges gerichtete Wille des Vorbesitzers ist, das den Kern der Besitzübertragung darstellende Element. Auf den Willen des Erwerbers kommt es gar nicht an. Nicht durch eine Einigung, sondern lediglich durch den einseitigen Willen des Vorbesitzers ist die „Besitzübertragung" bedingt. Ein consensus wird nicht gefordert. Der Erwerber braucht, sobald der Wille des Vorbesitzers vorliegt, vielmehr nur zu apprehensieren. Das Besitzrecht erwirbt er dann nach Abs. 1 § 854."[5]

Sehr oft kommt der Wille erst zum Ausdruck, wenn der Besitz, d. h. die ungestörte Ausübung der tatsächlichen Gewalt irgendwie beeinträchtigt wird, dann hat der Besitzer den Willen, die tatsächliche Gewalt auszuüben, zu besitzen.

In vielen Fällen, bei denen das Vorhandensein des Besitzes zweifelhaft ist, kann der Besitzwille darüber Aufschluß geben,[6] ein maßgebendes Entscheidungsmerkmal für die Beurteilung des Besitztatbestandes ist er eben heute nicht mehr.

---

1) Achilles Vorbem 3 zu § 854, Biermann zu § 854.
2) Vergl. hierzu Manigk a. a. O. S. 668, 679 desgl. wegen der äußeren Erkennbarkeit und Erklärung des Besitzwillens S. 680
3) Manigk Wi, S. 662/3.
4) Manigk, Anwendungsgebiet, S. 201.
5) Manigk, Anwendungsgebiet S. 202.
6) Strohal in Jug. Jhb. 38 S. 67.

Wenn nun das BGB. einen besonderen Willen als selbständiges Erfordernis nicht mehr verlangt und seinen Besitz auf objektive Grundlage stellt, so folgt daraus auch für die Besitzhelfer, daß sie ebenfalls keinen rechtlich erheblichen Willen — sowohl beim Besitzerwerbe, wie bei der Ausübung — zu haben brauchen.

Bei der Vertretung im Besitzerwerb ist zunächst festzustellen, daß es sich hier nur um eine sinngemäße Anwendung des Stellvertreterbegriffs handeln kann, um eine Anwendung, soweit es die Natur des Besitzes zuläßt;[1] ihre Beurteilung im Wege der Analogie nach § 164 BGB.[2] ist abzulehnen,[3] da bei Anwendung jener allgemeinen Bestimmungen der Besitzwille eben rechtlich relevant sein müßte. Sie ist nicht im streng juristischen, sondern im weitesten Sinne unter Heranziehung des in der Praxis üblichen allgemeinen Sprachgebrauchs aufzufassen. „Man spreche daher auch korrekt von einem Besitzerwerb durch Dritte oder durch Gehilfen, nicht aber von einem solchen durch Stellvertreter."[4]

Geregelt ist diese „Stellvertretung" im Besitzerwerb durch die §§ 855 und 868.

Steht jemand, der für einen anderen Besitz erwirbt, zu diesem in einem in § 855 gezeichneten Abhängigkeitsverhältnis, demzufolge er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so wird dieser andere auf Grund des ihm zustehenden Rechts auf den Besitz der Sache unmittelbarer Alleinbesitzer. Die Worte „für einen anderen" weisen dabei nicht auf einen animus alieno nomine passidendi, also eine bestimmte Willensrichtung des Besitzdieners, hin, sondern sie sind lediglich die Wiedergabe des rein tatsächlichen Umstandes, daß die Ausübung der tatsächlichen Gewalt ein Ausfluß des Abhängigkeitsverhältnisses ist, wie ja bereits nachgewiesen wurde.[5]

Dieses zu Grunde liegende Verhältnis bewirkt, daß jede Sache, die der Besitzdiener im Rahmen desselben erwirbt, unmittelbar in den Alleinbesitz des Herrn fällt. Eine innerliche Entschließung des Besitzdieners ist dabei rechtlich unerheblich, sein Wille ist einflußlos und vermag keinen Umschwung in der objektiven Rechtslage hervorzubringen. Das Wesen der Besitzdienerschaft bleibt unverändert und entscheidet sich unabhängig von der Willensbeschaffenheit des Besitzdieners nach sozial gefestigten Normen.[6]

1) Trendelenburg S. 31.
2) Thoma S. 63.
3) Manigk, Willenserklärung S. 656 bemerkt hierzu treffend; „Der Beauftragte, der mir Besitz erwirbt, entweder gemäß § 855 oder 868 ist nicht Vertreter nach Analogie des § 164, denn lediglich sein äußeres Verhältnis zu mir, durch das das nach § 854 erhebliche Gewaltverhältnis vermittelt wird, ruft meinen Besitz hervor, mag es auch nur mittelbarer Besitz sein. Es ist weder ein Vertretungswille des Mittelmannes noch ein Handeln in meinem Namen erforderlich, womit der Begriff der Vertretung entfällt".
4) Manigk Wi. S. 677.
5) Ebenso Biermann Note 1 zu § 855.
6) Cosmann S. 46.

Das den Erwerb vermittelnde Geschäft muß sich nur als eine Handlung darstellen, die nach objektivem Maßstabe der Verkehrsanschauung unter das Dienstverhältnis fällt, dann treten die Wirkungen der Tradition in der Person des Vertretenen ein.

Fleck[1] weist mit Recht darauf hin, daß die heutige Besitzlehre, die das Willenselement doch eliminiert hat, bedenklich ins Wanken käme, wenn z. B. ein Diener als Besitzer betrachtet werden müßte, sofern er absichtlich oder versehentlich beim Einkauf den Namen seines Herrn nicht nennt; dann wäre nur er, nicht aber sein Herr, zur Geltendmachung der possessorischen Klage befugt. Daß solche Berechtigungen zu der abhängigen Stellung des Besitzdieners nicht passen, ist ohne weiteres klar. Obige Darlegung dürfte sowohl der Rechtsanschauung wie auch den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechen. Nebensächlich ist auch das Moment der äußeren Erkennbarkeit des Abhängigkeitsverhältnisses. Mag der Besitzdiener nach außen auch nicht als solcher auftreten, mag ihn der Tradent ruhig für den selbständigen Käufer halten und ihm in dieser Meinung tradieren, der Besitz geht nichtsdestoweniger auf den Vertretenen über. Der Besitzdiener wirkt nur als mechanisches Werkzeug mit.[2]

Im Falle des Besitzerwerbes durch den Besitzmittler des § 868 sind ähnliche Ueberlegungen anzustellen. Auch hier kommt es auf die Stellung, die der Erwerber zur Sache selbst einnimmt, nicht an. „Der Erwerb folgt hier nach zwingendem Recht der objektiv kundbaren, durch das Besitzmittlungsverhältnis geschaffenen Rechtslage."[3]

Erhält der Besitzmittler im Rahmen und auf Grund der im § 868 genannten Verhältnisse eine Sache tradiert, so erwirbt er für sich unmittelbaren, verschafft aber zugleich dem anderen auf Grund des diesem zustehenden Rechtes den mittelbaren Besitz der Sache. Ob der Besitzmittler als solcher auftritt oder seine Stellung verheimlicht, ist für den Besitzerwerb gleichgültig.[4]

Das subjektive Moment ist also für die Entscheidung auszuschalten, hier wie im § 855 kommt es lediglich auf den objektiven Tatbestand der beiden Paragraphen an; dieser allein entscheidet nach Maßgabe der Verkehrsanschauung, wann und inwiefern ein Besitzerwerb eintritt oder nicht.

---

1) Fleck S. 367 mit ihm Cosmann S. 47.
2) cf. die diesbezgl. früheren Ausführungen.
3) Endemann § 38 S. 212 u. Rümelin S. 232 ff, 241.
4) anders Biermann zu § 868, Kämmerer S. 142.

C.

Rechtliche Wirkungen der fraglichen Verhältnisse. Wesen und Rechtsstellung der Besitzhelfer.

Zunächst ergibt sich ein prinzipieller, das Wesen betreffender Unterschied, den man auch bei Gegenüberstellung der Schlußsätze der betreffenden Paragraphen des Gesetzes selbst:

§ 855: so ist nur der andere Besitzer,
§ 868: so ist auch der andere Besitzer

(mittelbarer Besitzer) findet.

Der Besitzdiener, der wegen eines Abhängigkeitsverhältnisses zu einem anderen nach der Verkehrsauffassung nicht eine eigene, sondern nur die dem andern zustehende Gewalt ausübt, ist rechtlich kein Besitzer der Sachen, die seiner Obhut anvertraut sind, das ist hier nur „der andere" und zwar im Alleinbesitz.

Im Gegensatz zum Besitzdiener hat der Besitzmittler, der einem anderen gegenüber auf Grund des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses auf Zeit zum Besitz berechtigt ist, nicht nur die Ausübung der tatsächlichen Gewalt, sondern tatsächliche Sachherrschaft. Er ist also Vollbesitzer und zwar neben dem anderen, der „auch" Besitzer ist.

Ihre Bestätigung findet unsere oben entwickelte grundsätzliche Auffassung des Besitzdiener- und Besitzmittlerverhältnisses in den rechtlichen Wirkungen und den Rechtsfolgen, die sich an die verschiedene Stellung der Besitzhelfer knüpfen.

Für den Alleinbesitzer des § 855 ergibt sich zunächst hinsichtlich seiner Machtbefugnisse, daß er jederzeit in der Lage ist, nach seinem Belieben den Besitzdiener auch ohne dessen Willen in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt zu beschränken, sie ihm ganz abzunehmen oder, sofern er es für erforderlich hält, selbst einzugreifen, ohne verbotene Eigenmacht im Sinne von § 858 BGB. zu begehen.[1]

Das dem Besitzdiener Dritten gegenüber gemäß § 868 zustehende Selbsthilferecht des § 859 versagt gegenüber dem Besitzherrn, denn der Besitzdiener übt dieses ja, wie aus der Fassung des § 860 klar hervorgeht, nur an Stelle des Besitzherrn und aus dessen Recht aus. (Das Besitzdienerverhältnis kommt natürlich dort nicht in Frage, wo der Besitzdiener als Vertragsgegner auftritt und eigenen Besitz hat oder wo es sich überhaupt nicht um Sachen des Besitzherrn, sondern um eigene handelt.) Bezüglich der innerhalb des Wirkungskreises anvertrauten Sachen hat der Besitzdiener seinem Herrn gegenüber gar keine Rechte, er darf weder über sie frei verfügen, noch sonst einen eigenen Willen zur Geltung bringen, sondern hat sich ganz nach dem Willen seines Herrn zu richten. Bei Zuwiderhandlung

1) Endemann § 33,4 und Leonhard S. 63.

macht er sich verbotener Eigenmacht nach § 858 BGB. schuldig. Gibt er z. B. die Sachen an einen Dritten weiter in der Absicht, selbst als Besitzer aufzutreten, so macht er die Aufhebung des Besitzes seines Herrn zur Tatsache und wird Dritten gegenüber selbst Eigenbesitzer (§ 872). Der ratio legis entspricht es aber, daß dem Besitzdiener die Möglichkeit, den Besitzherrn aus seiner Rechtsstellung zu verdrängen, abgeschnitten wird.[1]

Der Besitzer wird daher nur tatsächlich vom Besitz ausgeschlossen, ohne aber rechtlich den Besitz zu verlieren.[2] Der Dritte erhält nun weder den unmittelbaren Besitz des Besitzherrn, zu seiner Uebertragung ist der Besitzdiener ja gar nicht in der Lage, noch einen eigenen Besitz, denn die Sache ist im Sinne von § 935 abhanden gekommen, da der Besitzherr ohne seinen Willen (auf dessen, nicht auf den Willen des Besitzdieners kommt es an) die Sache verloren hat.

Anders ist die Stellung des Besitzmittlers (§ 868). Er übt Besitz in eigenem Namen und kraft eigenen Rechts aus. Seine Stellung ist selbständig sowohl hinsichtlich der von ihm besessenen Sache, als auch in seinem Verhältnis zu Dritten, wie zum mittelbaren Besitzer, und es gebührt ihm als unbeschränktem Vollbesitzer daher auch der entsprechende Besitzschutz.

Dieser umfaßt nun den Selbstschutz des § 859, der eine Erweiterung des allgemeinen Selbsthilferechts darstellt (§ 859 Abs. 2) sowie den Gerichtsschutz, das heißt, die Ansprüche auf Wiederherstellung des durch die Entziehung der Störung des Besitzes veränderten Zustandes sowie auf Unterlassung weiterer Störungen (§§ 861—864), ferner auf die Gestattung und Wegschaffung der Sache gemäß § 867.[3]

Er kann von dem Besitzmittler auch gegenüber dem mittelbaren Besitzer geltend gemacht werden, sofern dieser sich einer Vertragsverletzung schuldig macht, indem er in seine Machtsphäre widerrechtlich eingreift. Dem mittelbaren Besitzer steht nämlich während der Dauer des Besitzmittlungsverhältnisses irgend eine Einwirkungsbefugnis auf die Sache nicht zu, selbst dann nicht, wenn der unmittelbare Besitzer den Besitz einseitig aufgibt, die Sachen gegen oder ohne den Willen des mittelbaren Besitzers einem anderen überläßt.[4]

Das Recht des mittelbaren Besitzers gegenüber dem unmittelbaren Besitzer geht fast ausschließlich in den Ansprüchen aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis[5] auf, gegen dessen Verletzung ihm das Geestz auch hinreichenden Schutz gewährt;[6] er hat nur das

1) Strohal, Sachbesitz S. 121 und Fleck, S. 368 ff.

2) dagegen Schlegelberger S. 120 und Goldmann-Lilienthal S. 13.

3) siehe auch Achilles Vorbem. 5 zu § 854.

4) Strohal, Sachbesitz S. 121/22.

5) insbesondere in dem (auch in § 870 ausdrücklich erwähnten) Anspruch auf Herausgabe der Sache, der den Verhältnissen entsprechend, befristet oder auch bedingt sein kann.

6) In den §§ 549, 550, 553, 556, Abs. 3, 557, 581 Abs. 2, 603, 605, 691, 1051 ff. und 1217.

Selbsthilferecht aus §§ 227 ff., aber keinen Gerichtsschutz gegenüber dem mittelbaren Besitzer.[1]

Ein passendes Beispiel, das eine Erläuterung für obige Ausführungen über die Stellung der Besitzhelfer zum Besitzherrn bietet, gibt Cosack:[2]

„Ein Gutspächter ist über den schlechten Ausfall der Ernte so empört, daß er seinen Gutsinspektor aus der diesem (zur Innehabung) zugewiesenen Dienstwohnung[3] gewaltsam ausweist und dem Verpächter, der kontraktgemäß die Baulichkeiten des Gutes besichtigen will, den Zutritt verweigert."

Der Pächter ist hier possessorisch im Recht. Würde sich der Inspektor seiner alten Wohnung wieder bemächtigen oder im zweiten Falle der Verpächter sich den Zutritt zu dem Hause erzwingen, so begingen beide verbotene Eigenmacht, gegen die der Pächter zur Selbsthilfe befugt wäre.

Hinsichtlich der Möglichkeit einer Einwirkung auf die Sache durch den primären Gewaltinhaber während des Bestehens des betreffenden Verhältnisses, macht auch das Strafrecht einen Unterschied, wie zum Schluß der Arbeit noch näher ausgeführt werden soll. Hier wie da ist dieses Eingriffsrecht des Besitzherrn lediglich eine Folgeerscheinung der Besitzdienerschaft, kein Erfordernis zu ihrer Begründung,[4] wie Planck annimmt. Es liegt wohl im Wesen des Besitzdieners, daß er verpflichtet ist, Eingriffe des Herrn zu dulden, umgekehrt steht aber nicht jeder, der solchen Einwirkungen eines anderen gegenüber rechtlos ist, zu diesem im Verhältnis des § 855, z. B. ist der Dieb zweifellos Besitzer, dennoch kann er dem Eigentümer, der seine Sachherrschaft wieder herstellen will, keinen berechtigten Widerspruch entgegensetzen.[5] Insofern ist auch der Vorschlag Sprengers:[6] „Will man also gleichsam einen Probierstein zur Besitzdienerqualität gewinnen, so erscheint die von Strohal gestellte Frage: Darf der Besitzer den Inhaber der tatsächlichen Gewalt eigenmächtig entsetzen oder nicht? durchaus geeignet," nicht ganz passen,

---

1 R. St. G. 26, 322 u. OLG 4, 289.

2) Cosack S. 97

3) Hinsichtlich der Dienstwohnung können Zweifel entstehen, ob hier nicht vielleicht doch ein Mietsverhältnis vorliegt und der Inspektor als Mieter zu behandeln ist. Die herrschende Meinung lehnt dies ab: Die Ueberlassung des Gebrauchs einer Wohnung bildet einen Teil des Entgelts für die von dem Angestellten geleisteten Dienste; der Inspektor hatte also ein Recht auf Gewährung einer freien Wohnung, damit ist jedoch noch kein Anspruch auf eine bestimmte Wohnung verbunden (Lohmeyer S. 584).

Der Angestellte kann also jederzeit in eine andere Wohnung eingewiesen werden; (eine evtl. Möglichkeit der Anwendung von §§ 226 ff. und 826 soll hierbei außer Acht gelassen werden) ein Besitzschutz steht ihm nur zu, wenn ein possessorisch geschütztes Verhältnis vorliegt, wenn also ein Mietsvertrag geschlossen worden ist, denn dann wäre er nicht mehr Besitzdiener, sondern Besitzer.

4) Planck, S. 36 mit ihm Pape S. 10.

5) Aehnlich Cosmann S. 33.

6) Sprenger S. 35 u. Pape S. 34.

die Frage wäre höchstens als Beitrag zur Erklärung des Wesens der Besitzdienerschaft bedeutsam.

Mit dem Eingriffsrecht des Besitzherrn ist auch der Mangel des Retentionsrechtes des Besitzdieners gegenüber dem Besitzherrn eng verknüpft. Wie ihm ein Selbsthilferecht fehlt, so steht ihm auch keine Einrede zu, er darf die Sache nicht zurückbehalten, selbst wenn er entgegenstehende Ansprüche aus dieser Sache geltend machen kann. Bezüglich seiner Aufwendungen auf die Sache oder eines durch sie erlittenen Schadens ist er gegenüber dem Besitzherrn auf seinen obligatorischen Anspruch nach § 669 resp. 683 und nach § 823 beschränkt. Ob dies zwar Anspruch auf Gerechtigkeit machen kann, sei dahingestellt, consequent der sonstigen Stellung des Besitzdieners ist es jedenfalls. Dieser Mangel des Retentionsrechtes ist für die Rechtsstellung des Besitzdieners entschieden kennzeichnend,[1] irrig aber wäre die Auffassung, diesen Umstand als entscheidend für die Abgrenzung zwischen Besitzdiener und Besitzmittler anzusehen, da dieses Moment ja selbst nur eine rechtliche Folgeerscheinung des fraglichen Verhältnisses ist. Es kann also nicht gesagt werden, daß nur denjenigen Personen Besitz zuzubilligen ist, die hinsichtlich der Sache ein Retentionsrecht geltend machen können, sondern umgekehrt steht allen, die Besitz haben, auch das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. zu.

Dritten gegenüber kann der Besitzdiener natürlich retinieren.[2] Diese Befugnis stellt sich aber (anders beim Besitzmittler cf. § 1000 BGB.) nicht etwa als ein ihm zustehendes Recht dar, vielmehr übt er das Zurückbehaltungsrecht entsprechend seiner unselbständigen Stellung lediglich an Stelle des Herrn und nur aus dessen Recht aus.

Analog stellt sich der Fall der Selbsthilfe gegen verbotene Eigenmacht Dritter. Wie der Besitzherr seine tatsächliche Gewalt durch Besitzdiener ausüben läßt, so kann er dies auch hinsichtlich seines Selbsthilferechts tun. Aus Zweckmäßigkeitsgründen braucht der Besitzdiener nun nicht von Fall zu Fall spezielle Aufträge abzuwarten, er kann vielmehr sofort auf Grund gesetzlicher Ermächtigung (§ 860) zur Ausübung possessorischer Selbsthilfe schreiten. Auch hier handelt es sich aber nicht um ein selbständiges Recht, sondern um das des Besitzherrn[3], [4], der ihm jederzeit die Ausübung beschränken oder entziehen kann.[5] Dieses beschränkte Selbsthilferecht ist aber auch die einzige Befugnis, es fehlt ihm das Recht der gerichtlichen Geltendmachung.

---

1) Protokolle 3 S. 32.
2) v. Renesse S. 37
3) wie sich aus der Fassung des § 860 direkt ergibt.
4) anders Isay S. 292.
5) Crome S. 23 Anm. 32 u. Biermann S. 19.

Für petitorische und possessorische Klagen ist er weder aktiv noch passiv legitimiert.[1] Erforderlichenfalls hat nur der Herr das Recht, gegen Dritte klageweise vorzugehen, und umgekehrt können Dritte, soweit es sich um Sachen des Besitzdienstverhältnisses handelt, nicht gegen den Besitzdiener klagen. Insbesondere ist letzterer nicht der rei vindicatio (§ 895 BGB.) ausgesetzt, die ebenso wie im römischen Recht die Klage des nichtbesitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer darstellt, also nur gegen einen Besitzer geht.[2]

Das gleiche gilt bei der actio Publiciana (§ 1007) und den Ansprüchen auf Abholung (§§ 867, 1005 BGB.) und Vorlegung von Sachen (§ 809). Wenn auch gegen den Besitzdiener als solchen nicht geklagt werden kann, so läßt sich natürlich ein gegen den Herrn erwirktes Urteil oder ein sonstiger Titel ohne weiteres und ohne seine Zustimmung gegen ihn vollstrecken.[3]

Im Gegensatz zum Besitzdiener, der also weder Besitzschutz noch ein eigenes Klagrecht hat, steht wieder der Besitzmittler. Ihm gebührt sowohl Selbstschutz wie auch Gerichtsschutz, überhaupt jede Verteidigung des Besitzes und zwar kraft eigenen Rechts; umgekehrt kann gegen ihn auch mit allen Klagen: rei vindicatio[4], wie auch mit den übrigen petitorischen Klagen vorgegangen werden.[5]

Nach § 870 kann der mittelbare Besitz durch Abtretung des Herausgabeanspruches übertragen werden, in den Fällen des § 855 gibt es eine entsprechende Möglichkeit nicht. Der Besitzherr kann den Besitzdiener höchstens anweisen, die Sache herauszugeben, bleibt dann aber bis zur Uebergabe, die der Besitzdiener lediglich als verlängerter Arm des Besitzherrn bewerkstelligt, immer noch unmittelbarer Alleinbesitzer.

Schließlich finden die Bestimmungen § 857, wonach Besitz auf den Erben übergeht, auf den Besitzdiener, der ja gar kein Besitzer ist, keine Anwendung, während der vermittelnde Besitz des § 868 in der Regel vererblich ist.

D.

Ergebnis und Nutzanwendung auf besonders strittige Fälle.

Das Ergebnis der Untersuchung ist dahin zusammenzufassen:

Grundlegend für die Stellung des Besitzdieners ist das kausale Verhältnis wirtschaftlicher und tatsächlicher Abhängigkeit zwischen

1) v. Ihering S. 368 u. Crome S. 26, Anm. 32.

2) Ebenso ist für eine rei vindicatio des Besitzherrn selbst gegen seinen Besitzdiener keinen Raum; es wurde bereits nachgewiesen, daß der Besitzdiener zu sofortiger Herausgabe der Sache jederzeit verpflichtet ist und dem Besitzherrn im Weigerungsfalle das Recht der Selbsthilfe zusteht.

3) § 808, 809 ZPO, Leonhard S. 80.

4) OLG. 2, 267; 31, 265.

5) §§ 1005, 1017 Satz 2, 1065, 1227 ff.

Besitzdiener und Besitzherrn, kraft dessen der Besitzdiener nicht eine eigene, sondern die dem Besitzherrn zustehende Gewalt ausübt; hier ist nur der Herr Besitzer und zwar im Alleinbesitz. Die Bestimmung, wann im einzelnen Falle ein solches Verhältnis vorliegt, muß den sozialen Anschauungen des täglichen Lebens überlassen bleiben.

Diese auf sozialer Auffassung beruhende Abhängigkeit gibt den Ausschlag bei der Frage, ob Besitzdienerschaft oder eine Besitzmittlerschaft, bei der der wirtschaftlich selbständige und unabhängige Besitzmittler auf Grund eines konkret bestimmten Rechtsverhältnisses zwischen ihm und dem mittelbaren Besitzer, das sein Nutzungsrecht oder seine Verwaltungspflicht begründet, auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist.

Das Gesetz selbst hat, wie gesagt, die Frage der Abgrenzung übergangen und überläßt es bei Vermeidung technischer Formulierung der Interpretation durch vernünftige Auslegung für die richtige Anwendung der beiden Paragraphen Sorge zu tragen. Mitunter ist eine Grenze schwer zu ziehen, und es sollen im folgenden an Hand des oben gefundenen Ergebnisses eine Reihe strittiger Fälle untersucht werden.

A. In den verschiedenen Zweigen des öffentlichen Dienstes bietet der Soldat ein klassisches Beispiel für die Besitzdienerschaft. Die militärische Zucht gibt hier ein noch größeres Maß der Abhängigkeit, als es beim Dienstpersonal im Haushalt oder den Angestellten im Erwerbsgeschäft festzustellen ist. Der Staat behauptet allein den Besitzer, der Soldat hat den hinsichtlich der Ausrüstung, Waffen etc. erteilten Weisungen unbedingt Folge zu leisten, er ist verpflichtet, die Sachen jederzeit herauszugeben und kann sich nicht auf private Gegenrechte berufen.[1] Dies gilt natürlich nicht bezüglich der Extrauniform, Uhr etc., wie bereits gezeigt worden ist.

B. Den Militärpersonen stehen die Beamten gleich. Der Gesichtspunkt der sozialen Stellung und die Beschaffenheit der zu leistenden Dienste ist dabei nach der entwickelten grundsätzlichen Auffassung der Besitzdienerschaft völlig unerheblich.[2] Sowohl der niedere als auch der höhere Beamte, z. B. der Landgerichtspräsident ebenso wie der Justizsekretär oder der Kastellan sind Besitzdiener an den ihnen innerhalb ihres Wirkungskreises anvertrauten Sachen.[3] Daß in der Behandlung der Beamten öffentlicher und Angestellten privatrechtlicher Korporationen kein Unterschied zu machen ist, ist selbstverständlich. Bezgl. der Dienstwohnungen gilt hier im übrigen dasselbe wie in den früheren Darlegungen.

---

1) Dagegen zu Unrecht Bekker in Ihg. Jhb. 34,43 und Kniep S. 41.
2) dagegen Kniep S. 54/57.
3) Wendt S. 66 ff.,

C. Der Streit um die Stellung der juristischen Person hängt mit den verschiedenen Theorien[1] über ihr Wesen zusammen. Die heute herrschende, auch im BGB. anerkannte Theorie der realen Verbandspersönlichkeit betont, daß die juristische Person gleich den Menschen wirkliches Wesen ist und ebenso wie diese nur vom Recht Rechtsfähigkeit erhält. Es widerstrebt danach auch nicht der Vorstellung, der juristischen Person den Besitz, d. h. die tatsächliche Gewalt über eine Sache zuzuschreiben.

Wie es nun in tatsächlicher Beziehung keinen Unterschied macht, ob man als Verwalter, Leiter, Vorsteher, Beamter oder Angestellter eines einer physischen Person gehörigen Unternehmens fungiert, so soll auch rechtlich die wechselseitige Beziehung zwischen Angestellten und Herrn dieselbe bleiben.

Wandelt sich das Unternehmen einer physischen Person in eine juristische Person — Aktiengesellschaft, G. m. b. H. oder ähnl. — um, so bleibt davon die Rechtsstellung der Angestellten hinsichtlich der Firmensachen unberührt; die Direktoren, Beamten, Arbeiter stehen wie vorher der physischen nunmehr der juristischen Person gegenüber in gleichem Verhältnis: Besitzdienerschaft.

Als unzutreffend ist die Lehrmeinung abzulehnen, welche annimmt, daß der Vorstand einer juristischen Person unmittelbarer Besitzer sei, während die juristische Person selbst den mittelbaren Besitz habe; denn Träger des Besitzmittlungsverhältnisses ist, wie wir sahen, ein konkret bestimmtes Rechtsverhältnis zwischen Besitzmittler und mittelbarem Besitzer, vermöge dessen jener diesem gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist. Der Vorstand hat die Verwaltungspflicht kraft seines Amtes, nicht infolge eines solchen konkret bestimmten Rechtsverhältnisses, ferner ist Kniep (S. 53) darin beizupflichten, daß der Vorstand nicht ein Zeit-, sondern ein Dauerbesitzer ist.

Kniep (S. 19) vertritt die Meinung, daß nur der gesetzliche Vertreter Besitzer sei, da eine juristische Person nicht besitzfähig sei. Er stützt seine Ansicht darauf, daß eine juristische Person keine wirkliche Person sei, eine Auffassung, die heute eben überholt ist.

Eine weitere Ansicht geht dahin, daß alle gesetzlichen Vertreter in der Regel weder selbst Besitzer noch Besitzdiener sind, vielmehr den Besitz der vertretenen Korporation (die allein Besitzer ist) lediglich bestätigen. Derselben Ansicht ist das Kammergericht:[2]

„Der gesetzliche Vertreter ist der juristischen Person nicht als unmittelbarer Besitzer nebengeordnet; er ist nicht von ihr zu trennen, er ist die juristische Person selbst. In ihm konzentrieren sich sämt-

1) v. Bavignys Fiktionstheorie, Zweckvermögenstheorie von Brinz und Demelius, Theorie v. Iherings vom künstlichen Mechanismus, die von Beseler und Bluntschli vertretene, von Gierke durchgeführte Theorie der realen Verbandspersönlichkeit.

2) cf. R. d. OLG Bd. 5 S. 150.

liche Lebensäußerungen der juristischen Person, sie handelt durch ihn und in ihm und durch ihn übt sie auch die tatsächliche Gewalt über die Sachen aus, die sich in den Händen des Vorsitzenden befinden."

Diese Meinung ist jedoch abzulehnen, denn wenn, wie hier ausgeführt wird, die juristische Person die tatsächliche Gewalt durch den Vorstand, dieser also sie für sie ausübt, so sind ja gerade die Voraussetzungen des § 855 gegeben. Die Mehrzahl der Autoren steht auch auf diesem Standpunkt: der Vorstand hat als solcher den wirtschaftlichen Interessen der juristischen Person zu dienen und ist auch von ihr und den in den Mitgliederversammlungen gefaßten Beschlüssen (resp. bei Stiftungen vom Stiftungswillen) abhängig, also Besitzdiener, die juristische Person dagegen Alleinbesitzer.[1]

D. Streitig ist ferner die Stellung des gerichtlich bestellten Verwahrers[2] und Verwalters, des Testamentsvollstreckers, Vormunds, Pflegers, Konkursverwalters und ähnlicher Personen.

Abzulehnen ist hier z. B. ohne weiteres die Auffassung Cosacks:[3] „Auch der Vormund ist in Ansehung des Mündelguts ein Inhaber, es sei denn, daß er die Mündel- oder Körperschaftssachen in seiner Privatwohnung verwahrt. Dasselbe gilt für den Konkursverwalter, Sequester und den Gerichtsvollzieher." Das von Cosack aufgestellte räumliche Merkmal ist unerheblich, relevant ist hier vielmehr die Frage nach der Selbständigkeit resp. sozialen Abhängigkeit.

Bei der Prüfung dieser Frage findet man, daß alle diese Personen nicht den Weisungen derjenigen untertan sind, deren Vermögen sie verwalten, vielmehr tritt eine wirtschaftliche Selbständigkeit und Unabhängigkeit klar zutage. Sie sind stets[4] Besitzer, denn sie sind auf Grund des Gesetzes zum Besitz wohl berechtigt wie verpflichtet. Sie zu Besitzdienern zu machen, ist unmöglich; das vereinbarte sich einfach nicht mit ihrer selbstverantwortlichen, autoritativen Stellung.[5]

Beim Vormund z. B. sagt Leonhard (S. 62) mit Recht: „Das Verhältnis des Kindes zum Vormund ist nicht das der Herrschaft, sondern gerade das umgekehrte." Sein Verhältnis zum Mündel ist kein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des § 855, vielmehr nimmt er dem Mündel ebenso wie der Inhaber der elterlichen Gewalt dem Kinde gegenüber eine durchaus selbständige Verwaltungsstellung ein. Vater und Vormund sind unmittelbare Besitzer, ihr Besitz entspricht etwa dem eines Nießbrauchers und Verwahrers, an den von ihnen besessenen Sachen hat das Kind nur mittelbaren Besitz.[6]

1) Dernburg § 14 S. 57, Lehmann § 19 S. 62.
2) §§ 1052, 1054, 1217, 1281, 2389 BGB.
3) Cosack S. 66.
4) Ebenso Wendt S. 61; dagegen Strohal in Ihg. Jhb. 34, 16; der sie bald Besitzer, bald Besitzdiener sein läßt, so erklärt er den Vormund und den Pfleger zu Besitzdienern den Konkursverwalter u. d Sequester zu Besitzern.
5) Dernburg Bürgerl. R. III S. 50.
6) Lehmann S. 61, 63.

Man könnte andererseits einen Teil dieser Personen als Besitzdiener ihrer Aufsichtsbehörden auffassen. M. E. ist dies aber nicht richtig,[1] da die ausgeübte Kontrolle, solange ein positiver Eingriff nicht erfolgt, der Behörde noch keine tatsächliche Gewalt gibt.

Unter den Verwaltungsbesitzern ist ferner noch der Gerichtsvollzieher hervorzuheben; nimmt dieser gemäß § 808 ZPO. Geld, Kostbarkeiten und Wertpapiere in seinen „Gewahrsam", so verliert der Pfandschuldner jeden Besitz daran. Er ist nicht etwa noch mittelbarer Besitzer,[2] denn es fehlt ja zwischen ihm und dem Gerichtsvollzieher jedes vertragsmäßige Band. Mittelbarer Besitzer wird vielmehr der Gläubiger, in dessen Auftrag und Namen der Gerichtsvollzieher die gepfändeten Sachen in Besitz genommen hat. Das gegenseitige Verhältnis zwischen ihm und dem Gerichtsvollzieher ist ähnlich dem eines Verwahrers zum Hinterleger, letzterer wird also Besitzmittler.

E. Ein besonderes Interesse verdienen noch der negotiorum gestor und der redliche Finder.

Falls ersterer als solcher den Besitz einer Sache erlangt hat, vermittelt er ihn dem Geschäftsherrn und behält ihn ebenso wie ein Verwahrer dem Hinterleger gegenüber.[3] Der Geschäftsführer ohne Auftrag ist auf Grund eines konkret bestimmten Rechtsverhältnisses zum Besitze auf Zeit, d. h. bis zur Herausgabe auf Erfordern berechtigt und verpflichtet. Für das Bestehen des Rechtsverhältnisses ist es dabei nicht unbedingt notwendig, daß der auftraglose Geschäftsführer seinen Besitzer kennt, ebenso ist es gleichgültig, wann letzterer von dem kausalen Rechtsverhältnis erfährt und ob er die Person des negotiorum gestor kennt.[4] Will er aber nach Kenntnisnahme die Geschäftsführung nicht gelten lassen, dann würde der Geschäftsführer selbst Alleinbesitzer werden.

Negotiorum gestor und damit Besitzmittler ist auch der redliche Finder. Laut ausdrücklicher Bestimmung des § 966 BGB. besteht auch hier ein der Verwahrung ähnliches Verhältnis, demzufolge der Finder die gefundene Sache bis zur Herausgabe derselben zu verwahren verpflichtet ist.[5] Allerdings kann der Vorgang des Findens dem Verlierer auch unmittelbaren Besitz verschaffen; findet z. B. das Dienstmädchen auf der Straße eine ihrer Dienstherrschaft gehörige Sache, so bleibt es hinsichtlich der Sache zwar Finder aber Besitzdiener, seine Dienstherrschaft ist hier Alleinbesitzer geworden.

---

1) cf. Sprenger S. 58.
2) Kniep S 143 nimmt dies an, dagegen Pape S. 45.
3) cf. die diesbezgl. Ausihrg. beim Willensmoment.
4) Pape S. 49.
5) Wendt S. 62 Sprenger S. 61.

E.

Die Besitzhelfer und der Gewahrsaminhaber des Strafrechts.

Im Rahmen vorliegender Arbeit dürfte es noch interessieren, inwiefern der Besitzdiener und der Besitzmittler auch strafrechtlich verschieden zu behandeln sind.

Dazu wäre zunächst zu sagen, daß den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts über seine Besitzlehre für die Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen der entsprechenden Eigentumsdelikte, Diebstahl und Unterschlagung (§§ 242 und 246 StGB.), keine maßgebende Bedeutung zukommt,[1] vielmehr ist „für den, der aus den Bestimmungen des BGB. auf die strafrechtlichen Tatbestände Schluß folgern wollte, in Wahrheit große Vorsicht geboten."[2]

Das Wesentliche des Diebstahls ist der Bruch fremden Gewahrsams, dadurch unterscheidet sich auch § 242 von § 246 StGB. Diesem Begriff „Gewahrsam" begegnen wir übrigens auch in der ZPO. (bei der Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen §§ 808, 809), ferner im HGB. § 616 Abs. 3, S. 2, im Depotgesetz § 7 Abs. 2 und in der KO. § 44 (bei der Begrenzung des Verfolgungsrechtes), dagegen ist er dem BGB. fremd.

Eine Identifikation des Gewahrsams im Strafrechtssinne mit dem Besitz des BGB.[3] bezeichnet Biermann[4] als unzulässig. Eine derartige stillschweigende Einwirkung des BGB. auf das Strafrecht ist nach herrschender Auffassung nicht anzunehmen.[5] Der Begriff „Gewahrsam" ist aus „gemeinrechtlichen Gesichtspunkten festzulegen, nicht aus dem BGB. und der ZPO., die erheblich jünger sind als das StGB., und die das Strafrecht nicht regeln wollen."[6]

Ein deutlicher Unterschied zeigt sich z. B. beim Gewahrsamsverlust: der Gewahrsam geht (anders als der Besitz) schon durch vorübergehende Verhinderung der Gewaltausübung verloren, er ist ferner unvererblich und unübertragbar.[7]

Man hat den Gewahrsam entsprechend als lediglich tatsächliches, äußeres, rein räumliches Verhältnis zur Sache, als physisches Vermögen ausschließlicher tatsächlicher Herrschaftsausübung über dieselbe definiert.[8]

Bei dem Besitzmittler des § 868 BGB. ist in der Regel Gewahrsam anzunehmen, und es stellt sich eine rechtswidrige Zu-

---

1) RGSt. 30,88 37,198 52,143, 58,229.

2) R. Schmidt S. 149.

3) Leonhard S. 82 und Eck S. 10 Anm. 1.

4) Biermann S. 4.

5) Rotering S. 299; R. Schmidt a. a. O; Endemann § 85 Anm. 38 und die bereits angeführten RGSt = Stellen.

6) Schwarz S. 121.

7) Wolff S. 20.

8) Oppenhof - Delius zu § 242,16 Wolff S. 20.

eignung, die er an fremden, in seinem Gewahrsam befindlichen Sachen begeht, als Unterschlagung dar. Es gibt aber auch Fälle, bei denen der mittelbare Besitzer selbst Mitgewahrsam hat z. B. die Vermieterin eines möblierten Zimmers (falls dieses nicht völlig abgesondert liegt.) Hier würde der Mieter an den Zimmergegenständen natürlich keine Unterschlagung sondern Diebstahl begehen.

Nimmt umgekehrt der mittelbare Besitzer seine eigene Sache dem Besitzmittler fort in der Absicht, das an der weggenommenen Sache begründete Recht des Besitzers zu vereiteln, so macht er sich nach § 289 StGB. strafbar (furtum possessionis), während der Besitzherr des § 855 BGB. als Alleinbesitzer dem Besitzdiener die Ausübung der tatsächlichen Gewalt jederzeit entziehen kann, ohne verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858 BGB. oder ein Delikt im Strafrechtssinne zu begehen. Hier wäre also eine Uebereinstimmung zwischen der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Beurteilung zu verzeichnen.

Der Besitzdiener des § 855 übt nicht eine eigene, sondern die tatsächliche Gewalt eines anderen aus, und es deckt sich in den Beispielen des Haushalts und Erwerbsgeschäfts zweifellos der Besitzbegriff mit dem Gewahrsam, d .h. auch strafrechtlich steht der Gewahrsam nur dem Besitzherrn, nicht aber dem Besitzdiener zu.

Das Dienstpersonal begeht dann an den Sachen der Herrschaft, der Handlungsgehilfe an den Verkaufsgegenständen usw. durch rechtswidrige Zueignung einen Diebstahl.

Anders liegt die Sache aber im Falle erheblicher räumlicher Entfernung, derzufolge der Besitzdiener sozusagen „selbständiger" wird. Auf das Besitzdienerverhältnis ist das, wie wir bereits sahen, ohne Einfluß, im Strafrecht dagegen muß, sofern von einer unmittelbaren Beherrschung der Sache oder Einwirkung auf sie seitens des Besitzherrn keine Rede mehr sein kann, dem Besitzdiener der Gewahrsam zugebilligt werden.

Während also z. B. die Köchin durch Zueignung von Geschirr Diebstahl begeht, macht sich der Handlungsreisende hinsichtlich der Muster seiner Firma, der Filialleiter etc. gegebenenfalls einer Unterschlagung schuldig.

Lebenslauf.

Am 26. Mai 1901 wurde ich als Sohn des Städt. Markthalleninspektor Artur Zirpins zu Königshütte O/S. geboren, besuchte die staatliche Oberrealschule zu Konigshütte, die ich mit dem Reifezeugnis verließ, um ins Heer einzutreten. Nach meiner Rückkehr lernte ich bei der deutschen Bank, Königshütte, wurde im Mai 1922 von deren Rechtsnachfolger, dem Górnoslaski Bank Zwiazkowy Tow. Akc. w Kól. Hucie, als Beamter übernommen und ließ mich W/S 1922/23 bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau immatrikulieren. Neben meinem Studium arbeitete ich kaufmännisch in diversen Branchen als Werkstudent, am 10. Februar 1927 bestand ich das Rigorosum.